

CONFLICTIVISMO vs. COHERENTISMO. Derechos en el contexto post-positivista.

José Manuel Cabra Apalategui
Universidad de Málaga
(*Campus de Excelencia Internacional Andalucía-Tech*)

I. Introducción.

Si hay un elemento común en los discursos morales, políticos y jurídicos de nuestro tiempo, ése es el lenguaje de los derechos. El debate acerca de qué podemos hacer o qué podemos no sólo esperar, sino exigir de otros se articula en torno a la idea de derechos y deberes correlativos. Existen al menos dos razones – como sostiene John Oberdiek– para el florecimiento y expansión de esta cultura política de los derechos en el contexto de las democracias constitucionales. En primer lugar, por el papel que las mismas constituciones otorgan a los derechos como garantes del marco jurídico y político que ellas establecen. Y en segundo lugar, porque los derechos sirven como *lingua franca* en el contexto de pluralismo moral, étnico, religioso, etc., propio de las sociedades democráticas contemporáneas (Oberdiek 2010: 231). En efecto, las constituciones han privilegiado el papel de los derechos frente a otro tipo de garantías, como las llamadas “garantías institucionales”, incluyendo cartas de derechos en el texto constitucional, así como remisiones a cartas de derechos de ámbito internacional. Asimismo, ese lenguaje común ha propiciado consensos políticos, en parte sobre la base de unos derechos lo suficientemente genéricos e indeterminados como para abarcar desacuerdos razonables. Pero, precisamente por esta razón, los derechos no resultan operativos en tanto no hayan sido especificados su contenido y su alcance, esto es, hasta que no se establezca *aquí y ahora* lo que los derechos exigen (lo que, por cierto, nos lleva a preguntarnos si no existe una tensión insalvable entre algunas de las funciones que la cultura política constitucionalista atribuye a los derechos, en la medida en que su capacidad para generar consensos políticos estables descansa en una generalidad abarcadora que se ve muy limitada una vez se intentan delimitar con mayor precisión el contenido y alcance de los derechos).

A pesar de lo dicho, dista mucho de estar claro qué sean los derechos, o más bien, qué significa afirmar que alguien “tiene derecho a algo”, qué papel juega una afirmación de este tipo en el razonamiento práctico o cuál es la relación de los derechos con la legislación democrática. En las últimas décadas, y tanto en ámbitos académicos como jurisprudenciales, se viene desarrollando lo que se ha dado en llamar un “enfoque común” (*received approach*) (Webber 2009) o “modelo global” de los derechos constitucionales (Möller 2012). Este modelo, que no es sólo una construcción teórica, sino que es también el fundamento de una muy extendida práctica justificatoria en los más altos tribunales, ya sean Tribunales Constitucionales o tribunales supranacionales como la Corte Europea de Derechos Humanos, responde a una concepción *conflictivista* del ordenamiento jurídico¹.

¹ Hago hincapié en que se trata de una concepción del ordenamiento jurídico y no del Derecho, para evitar las resonancias sociológicas y marxistas que inevitablemente aparecen cuando se asocia el conflicto al concepto de Derecho.

Al margen de las especificidades que pudieran presentar en sus distintas versiones o las diferencias que pudiera haber entre las prácticas justificatorias de los distintos tribunales, el modelo puede ser reconstruido en los siguientes elementos (Webber 2009: 59; 2015: 124):

- a) determinar si la actividad legislativa o cualquier otra actividad estatal es contraria a los derechos de las personas es una operación en dos pasos o etapas: en primer lugar se determina si un derecho ha sido vulnerado, y en segundo lugar si dicha vulneración está justificada;
- b) de donde resulta que toda limitación de un derecho es vista como una infracción del mismo (que podrá estar justificada o no), o dicho con otras palabras, los conflictos entre derechos y los derechos de terceros o los bienes e intereses colectivos son comunes en el ordenamiento;
- c) al distinguir entre la identificación del contenido y alcance del derecho, por un lado, y cuáles son sus consecuencias normativas, esto es, lo que el derecho exige en última instancia, por otro, se favorece una interpretación extensiva de los derechos, lo que supone incluir como parte de su contenido conductas que no están permitidas –¡y no lo están, justificadamente!– por la legislación;
- d) determinar si la infracción del derecho está justificada depende de un juicio de proporcionalidad; y
- e) no es hasta este segundo paso que el derecho y el titular de derecho son “situados” socialmente y otras circunstancias relevantes (derechos de terceros, bienes colectivos) son tomadas en consideración.

El lenguaje utilizado por quienes defienden este modelo es sustancialmente distinto al que se ha utilizado aquí. Así, los derechos son sólo *prima facie* y únicamente adquieren el estatus de definitivos una vez se ha determinado que las infracciones no están justificadas a la luz del principio de proporcionalidad. Tampoco se habla de “conflictos” de normas, sino de “colisiones”; o de “infracciones”, “vulneraciones” o “violaciones” de derechos, sino de “interferencias” o “grados de afectación”; sólo cuando la interferencia o la afectación de derecho son desproporcionadas se produce una auténtica “infracción” o “violación” del derecho. Pero, al margen de esta especie de neo-lengua para los derechos que pretende modificar la comprensión de los derechos y su papel en el razonamiento práctico, los dos aspectos más relevantes de este modelo –que es válido tanto para los derechos morales como para los derechos constitucionales– son que los derechos no confieren un estatus especial o reforzado a su titular y que la identificación del contenido definitivo de los derechos dependen de un juicio de proporcionalidad.

La relación entre el limitado estatus normativo de los derechos y el principio de proporcionalidad que caracteriza el enfoque común o modelo global de los derechos constitucionales se explica a partir de (al menos) dos factores. Primero, la teoría de la norma jurídica constitucionalista. La teoría del derecho post-positivista sostiene que las normas constitucionales de derechos presentan una estructura distinta a las normas que habitualmente han conformado nuestros códigos y leyes. En lugar de reglas, que asocian un supuesto de hecho con una consecuencia normativa y tienen carácter perentorio y definitivo en el razonamiento práctico, los derechos constitucionales son principios, esto es,

mandatos de optimización o normas sin condición de aplicación. Y mientras las reglas se aplican siguiendo el modelo interpretativo-subsuntivo, la aplicación de los principios es el resultado de una ponderación racional fundada en el juicio de proporcionalidad. Entre los principios y el juicio de proporcionalidad existe una conexión conceptual (Alexy 1997; Beatty 2005; Borowski 2000). El segundo de los factores son las cláusulas limitativas de los derechos que suelen incluir la mayoría de las cartas o declaraciones de derechos y que establecen las condiciones en las que un derecho puede ser limitado. Muchas de estas cláusulas son específicas; acompañan a un determinado derecho y especifican aquellos intereses colectivos cuya protección puede limitar el derecho². En otros casos, las cláusulas son

² Véase, por ejemplo, la cláusula de limitativa de la libertad de expresión recogida en el art. 20 de la Constitución española:

Artículo 20

1. Se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
- c) A la libertad de cátedra.
- d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

En un sentido parecido, el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos establece que:

Artículo 10:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

genéricas y abracan todos los derechos incluidos en la carta³. La existencia misma de este tipo de cláusulas pone de manifiesto que el contenido y alcance de los derechos no está perfectamente delimitado en origen, pero eso no quiere decir que deba interpretarse estas cláusulas como lo hace el modelo conflictivista, esto es, identificando extensivamente el derecho en primera instancia, de manera que todo aquello que pueda ser una instancia de ese derecho *tout court* queda abarcado por el mismo, y valorando posteriormente sobre la base de un juicio de proporcionalidad si la vulneración –afectación, interferencia– del derecho está justificada. Las cláusulas limitativas de derechos, bien entendidas, parecen indicar, precisamente, la necesidad de determinar lo indeterminado; la necesidad de especificar por vía legislativa las condiciones en las que el titular del derecho puede hacer valer el mismo.

La inercia del modelo conflictivista de los derechos constitucionales es tal, que incluso cuando las cláusulas limitativas de derechos son ajenas al lenguaje de la proporcionalidad y contienen conceptos cercanos a la idea de los derechos como “triumfos”, “defensas” o “razones excluyentes”, son interpretadas en el primer sentido. Es el caso del art. 53.1 de la Constitución española, que establece la reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos y libertades “que en todo caso deberá respetar su *contenido esencial*”. Nada se dice aquí de que la ley que regule el ejercicio de los derechos esté limitándolos, ni que dicha limitación deba ser proporcional. Sin embargo, la llamada teoría relativa del contenido esencial coincide en lo esencial con el “modelo global” (vid. Prieto Sanchís 2003: 217 y ss.; Lopera Mesa 2006: 134 y ss.). Como ha señalado uno de sus mayores críticos, para la teoría relativa “el contenido esencial carece en realidad de toda autonomía conceptual y se identifica con la necesidad de justificación del límite [del derecho constitucional] por el bien [interés público o colectivo] que se trata de preservar: el contenido esencial, se dice, se ve afectado cuando el límite carece de justificación en el bien que se trata de proteger (...) El derecho no es concebido aquí como algo dotado de algún valor incondicional frente al límite, sino como algo cuya virtualidad jurídica consiste más bien en la *prohibición del límite arbitrario*” (De Otto 1988: 129-30).

³ Es el caso de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, cuya primera disposición establece lo siguiente:

The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

Un caso paradigmático de recepción del modelo global es la Carta de Derechos (*Bill of Rights*) de la República Surafricana. En ella se establece la siguiente cláusula:

The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including—

- (a) the nature of the right;
- (b) the importance of the purpose of the limitation;
- (c) the nature and extent of the limitation;
- (d) the relation between the limitation and its purpose; and
- (e) less restrictive means to achieve the purpose.

Un mayor análisis comparativo de las cláusulas limitativas de derechos en Webber (2009: 59 y ss.)

El modelo descansa, pues, en una concepción débil de los derechos y en la conexión necesaria entre la identificación del contenido y alcance de éstos con el principio de proporcionalidad. La combinación de ambos elementos configura una práctica conflictivista del Derecho basada en una concepción antinómica (conflictivista) del ordenamiento jurídico; los problemas jurídicos no se plantean ya como problemas de interpretación y/o calificación⁴, sino como conflictos de normas, o más bien, de intereses o valores, que se resuelven en términos de utilidad.

Como ha sido señalado por parte de la doctrina, el principio de proporcionalidad plantea no pocos problemas, especialmente por aquello que pretende encubrir. En primer lugar, el juicio de proporcionalidad presupone que los elementos que van a ser ponderados –a saber: el grado de vulneración del derecho y la importancia el bien colectivo– pueden ser medidos y, posteriormente, comparados. Asimilando el juicio de proporcionalidad a una operación técnica, cuyo resultado es objetivo. El problema no es sólo que la propiedad o magnitud que debe ser medida y sobre la que se realiza la comparación ha ser común, lo cual resulta ya problemático, sino que debe ser capaz de captar todo aquello que es relevante en la comparación; ambas opciones deben poder medirse y compararse exhaustivamente a partir de esa magnitud (Webber 2009: 90-1). En segundo lugar, la supuesta objetividad del resultado del juicio de proporcionalidad no es tal. Admitiendo que el desarrollo de la estructura argumentativa en que se traduce la idea e proporcionalidad permite hablar de racionalidad formal, la atribución de valores a las distintas variables de dicha estructura (el peso en abstracto de los principios, su grado de afectación o realización, así como el grado de certeza de las afirmaciones relativas a estos grados; vid. Alexy 2002), es decir, aquello que determina el resultado de la ponderación, depende de las convicciones normativas del decisor. Por último, cabe cuestionar la relación necesaria entre los principios y el juicio de proporcionalidad, es decir, cabe preguntarse si la ponderación es el único método y la proporcionalidad el único criterio normativo que permite resolver y justificar racionalmente el problema de los límites de los derechos (planteados en términos antinómicos). La respuesta a esta pregunta debe ser respondida en sentido negativo si se tienen en cuenta la alternativa que suponen los modelos argumentativos especificacionistas desarrollados recientemente⁵.

Todos estos problemas (y algunos más) han sido sobradamente estudiados por la Teoría del Derecho. En este trabajo voy a ocuparme del primer elemento del modelo: la concepción débil de los derechos. Sólo a partir de una comprensión tal del contenido y alcance de los derechos y de su papel en el razonamiento jurídico se puede sostener la concepción conflictivista o antinómica del ordenamiento jurídico que hace necesario el juicio de ponderación. Aquí voy a defender la tesis de que esta concepción conflictivista de los derechos supone una distorsión en la determinación del contenido y alcance de los derechos, así como de su papel en el

⁴ Dejo al margen los problemas de prueba, cuya naturaleza es epistémica, no normativa. Por otra parte, entiendo que los problemas de calificación son dependientes de los problemas de interpretación, o más bien, son las dos caras de una misma moneda: toda interpretación de una norma está pensada para, al menos, un caso (paradigmático, que pertenece al núcleo de certeza) y, a su vez, toda calificación presupone una interpretación (o reinterpretación) de la norma.

⁵ En Cabra Apalategui (2017a) he distinguido dos modelos argumentativos de este tipo, el *especificacionismo analítico* (o especificacionismo orientado a la reconstrucción del sistema normativo) y el *especificacionismo aretáico*, que se presentan como alternativas metodológicas a la ponderación y operan con la coherencia práctica como criterio normativo.

razonamiento jurídico. Asimismo, al final, se analizarán los argumentos teóricos y normativos que sustentan el modelo conflictivista.

II. El modelo conflictivista de los derechos.

El modelo conflictivista de los derechos descrito más arriba descansa sobre tres tesis: la tesis de los principios, la tesis de los límites externos (estas dos primeras componen la concepción débil de los derechos) y la tesis de la conexión necesaria entre el contenido y alcance de los derechos constitucionales y el principio de proporcionalidad.

a) La tesis de los principios.

Según esta tesis, las normas que reconocen derechos constitucionales son principios y presentan una estructura distinta a las normas de rango legal o reglamentario. A diferencia de las reglas, que vinculan un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica, los principios son *mandatos de optimización*, o sea, “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible” (Alexy 1997: 67). El grado en que ese algo puede ser realizado está condicionado por las circunstancias fácticas y jurídicas, siendo este último determinado por lo establecido en otras normas del sistema jurídico, ya sean reglas o principios.

Los principios, por tanto, son normas *prima facie*. La primera consecuencia de concebir los derechos constitucionales como principios es que no tienen carácter perentorio o determinante; los derechos constitucionales simplemente indican intereses, valores, principios morales o argumentos –razones, en definitiva– que deben ser objeto de optimización y cuya relevancia práctica sólo es determinable de manera concluyente a la luz de otros intereses, valores, principios o argumentos.

El propio Alexy pretende suavizar esta conclusión cuando afirma que los derechos fundamentales presentan una estructura compleja en la que coexisten reglas y principios. Las normas de derecho fundamental no deben concebirse sólo como reglas o sólo como principios, sino que su comprensión adecuada “se obtiene cuando a las disposiciones iusfundamentales se adscriben tanto reglas como principios”, esto es, se adscriben tanto posiciones jurídicas⁶ definitivas, como posiciones jurídicas *prima facie*, cuyo estatuto definitivo habrá de resolverse en función de la concurrencia de otros derechos y bienes colectivos (Alexy 1997: 138). Así entendidos, los derechos fundamentales estarían compuestos por dos tipos de contenido: las posiciones definitivas, respaldadas por reglas, y las posiciones *prima facie*, respaldadas por principios. Sin embargo, resulta ilusoria la conclusión de que parte del contenido del derecho fundamental está protegido por el carácter definitivo, perentorio o inderrotable de las reglas. Una norma es derrotable cuando el conjunto de las excepciones a su aplicación no puede ser identificado completa y exhaustivamente *ex ante*, de manera que si se entiende que la derrotabilidad tiene un fundamento ético o moral, cualquier norma es derrotable y la dicotomía reglas/principios queda bastante difuminada en términos funcionales (García Figueroa 2007: 357; 2010: 256 y ss.).

⁶ Entendiendo por “posición” el lugar que ocupa el titular de un derecho en el marco de una relación jurídica.

La tesis de los principios conduce a una segunda consecuencia de carácter interpretativo, denominada *teoría amplia del supuesto de hecho* (Alexy 1997: 298). En tanto que los principios son normas *prima facie*, el contenido y alcance de los derechos es identificado en dos etapas: primero se adscribe al derecho toda posición que pueda ser subsumida en el supuesto de hecho de la norma constitucional ampliamente interpretada (consecuentemente con la calificación de las normas de derecho fundamental como mandatos de optimización) para después limitarla en función de los conflictos con otros derechos o bienes constitucionales. Dicho en otros términos, se parte de un *ámbito de protección inicial* del derecho más extenso que el *ámbito de protección final* resultante de la limitación.

Esta dualidad propicia una interpretación extensiva de las disposiciones de derecho fundamental y, con ello, una expansión casi ilimitada del contenido (no del alcance de la protección) de los derechos, especialmente de aquellos cuya formulación es más genérica y adolece de un mayor grado de vaguedad, como la libertad de conciencia, la libertad de expresión, el derecho al libre desarrollo de la personalidad o la dignidad humana. La identificación del contenido y alcance de los derechos no se rige por los clásicos criterios de la interpretación jurídica: qué diga el texto constitucional, cuál ha sido la formulación específica del derecho y de sus límites, la elección de las palabras o la voluntad del constituyente; nada de eso resulta determinante. En el modelo global, las normas de derecho fundamental son interpretadas conforme a una teoría liberal de los derechos cuyo núcleo son la libertad y el interés individual. Una interpretación tal genera el sobredimensionamiento y la conflictividad de los derechos. La asunción de esta consecuencia supone dar por bueno lo que –como sostiene Webber– en cualquier otro contexto se tendría como irrazonable: la interpretación de los textos jurídicos que conduce a contradicciones entre las disposiciones de un mismo cuerpo legislativo o esas disposiciones y el resto del sistema jurídico, comprometiendo los principios de coherencia (consistencia lógica) y posibilidad de cumplimiento de las normas, propios de un Estado de derecho (Webber 2015: 133).

La identificación de los derechos en clave estrictamente liberal da lugar a la “pre-admisión” en el círculo de *protección inicial* del derecho de casi cualquier conducta que pueda ser del interés o que tenga algún valor para el titular del derecho. Dado que los límites se establecen en la segunda etapa, cuando se determina si la interferencia o afectación del derecho está justificada, el contenido de los derechos se establece ilimitadamente; cualquier pretensión puede, por descabellada o banal que sea, adquirir, por la mera afirmación del interés del titular, el estatus de derecho, aunque ello no signifique que la misma resulte finalmente amparada y protegida. Es más, un enfoque radicalmente subjetivo de esta cuestión diluye cualquier criterio de corrección: pertenece al contenido del derecho todo aquello que sea afirmado como un interés, valor o principio del titular del derecho⁷.

⁷ Otro de los efectos de un planteamiento de este tipo es que el contenido de los derechos vendría determinado por las pretensiones de los más individualistas. Ejemplo de esta crítica comunitarista es el siguiente: “Y lo que es peor, esta subjetividad radical [en la identificación del contenido *inicial* de los derechos] implica que los miembros de la comunidad más rectos y honestos, preocupados por hacer su parte y dar a cada uno lo suyo, tendrán menos “intereses” que el miembro deshonesto de la comunidad, egoísta y desentendido de los demás e inclinado a hacer el mal y a buscar obtener más de lo que justamente le corresponde” (Webber 2015: 142).

Los derechos, en fin, adoptan en primer instancia un carácter inclusivo e igualador que abarca “lo fundamental y lo mundano” (Webber 2009: 67), degradando la noción de *derecho* tanto en el ámbito moral como en el jurídico al equiparar pretensiones cuyo reconocimiento está fuera de toda duda, como, por ejemplo, el derecho a la crítica de la acción política de un gobierno, con otras mucho menos evidentes, como la difusión de ideas sexistas (¡incluidas aquellas que afirman la inferioridad o incapacidad de los hombres en algún sentido!), ambas presuntamente configuradoras de la libertad de expresión.

De acuerdo con este modelo, el contenido y alcance de los derechos se ve afectado por un efecto “burbuja” que los hace ubicuos en casi todas las aspectos de la vida. Con ello, están puestas las bases para una concepción conflictivista del ordenamiento jurídico y de la propia praxis jurídica, pues no resulta difícil, en un contexto de inflación de los derechos, que los intereses más o menos caprichosos del titular se vean afectados por la acción de terceros o del propio legislador. Desde el momento en que la cuestión de si esa afectación o interferencia está justificada o no se dirime en el juicio de proporcionalidad –que es a donde quiere llegar el modelo conflictivista– no es necesario esforzarse en este primer paso en llevar a cabo una identificación precisa del contenido y alcance de los derechos.

b) La tesis de los límites externos.

La existencia de otros intereses, como los derechos de terceros o los bienes colectivos reconocidos en la Constitución, puede limitar (legítimamente) un derecho, pero estos intereses no forman parte del contenido del derecho ni intervienen en su definición. Los límites que pueden justificarse a partir de la consideración de derechos de terceros u otros intereses son externos al derecho y no parte del mismo; se consideran excepciones a la aplicación del derecho que, en otras circunstancias, no se vería limitado.

Para el modelo conflictivista, el ámbito de protección final del derecho, esto es, su contenido *definitivo* no es coextensivo del ámbito de protección *inicial*. El reconocimiento de un ámbito de protección inicial tan amplio supone necesariamente admitir la existencia de límites al derecho, provenientes de otras normas constitucionales, legales, judiciales o contractuales. Ahora bien, como se acaba de decir, estos límites no forman parte del contenido del derecho, sino que se conciben como límites externos. Los derechos no se configuran considerando aquellos otros intereses, representados por derechos de terceros o bienes colectivos reconocidos constitucionalmente, con los que puede entrar en conflicto. La tesis de los límites externos, por tanto, expresa la distinción conceptual entre la *definición* de un derecho y su *limitación*; es más, expresa la distinción entre la *afirmación* de un derecho y sus *consecuencias normativas*, poniendo de manifiesto la escasa relevancia práctica de la afirmación de un derecho en el razonamiento jurídico.

Esta irrelevancia práctica –sobre la que habrá que volver– es la que reflejan afirmaciones como las de Prieto Sanchís, quien no aprecia dificultad en “decir una cierta conducta representa *prima facie* el ejercicio de un derecho y que es, al mismo tiempo, una conducta ilícita, por más que el asunto deba cerrarse lógicamente con una sola respuesta” (Prieto Sanchís 2003: 228)⁸. ¿Cuál es el

⁸ Un planteamiento similar en relación a la figura del “abuso de derecho” puede verse en Atienza / Ruiz Manero (2000).

sentido de afirmar la titularidad de un derecho cuyo ejercicio, en determinadas circunstancias, o sea, en concurrencia con otros derechos o bienes colectivos, es contrario al Derecho? O la conducta forma parte del contenido del derecho, y está protegida por los mecanismos que la ley establezca en cada caso, o no forma parte del mismo, por muchas dudas interpretativas o de otro tipo que pueda suscitar esta decisión.

La conjugación de la tesis del supuesto de hecho amplio y la tesis de los límites externos conduce a otra curiosa, aunque previsible, conclusión. Si cualquier conducta susceptible de ser limitada, regulada o restringida⁹ legalmente se halla – al menos *prima facie*– en el ámbito de protección de un derecho fundamental, entonces, toda norma o decisión que limite la libertad de acción –la *libertad natural*–, estableciendo obligaciones o prohibiciones, es una restricción de los derechos. Como sostiene Webber, desde esta perspectiva, “la legislación es casi, por definición, la antagonista de los derechos constitucionales, lo que daría lugar a una paradoja, pues en las sociedades democráticas de derecho se daría protección a los derechos constitucionales al tiempo que se permite su vulneración por vía legislativa” (Webber 2009: 3).

En realidad, no hay tal antagonismo entre los derechos y la ley porque la regulación de los derechos no es un ejercicio de *restricción o limitación*, sino de *delimitación conceptual* de los mismos. En la medida en que esta delimitación pretende sistematizar y armonizar las normas constitucionales, denominaremos a este otro modelo *coherentista*. Para este modelo, el contenido y los límites de los derechos son coextensivos; o dicho de otro modo, los límites son inmanentes al derecho. La exclusión de algunas conductas del ámbito definitivo de protección de un derecho a favor de otro derecho o bien constitucional no supone una limitación externa de los derechos y libertades; sencillamente, esas conductas no pertenecen al contenido del derecho fundamental. Su equívoca y errónea inclusión inicial en el mismo no es más que el efecto de una concepción sobredimensionada e inflacionaria de los derechos. Algunos ejemplos –que tomo prestados de Ignacio de Otto– deben bastar para ilustrar lo anterior. El primero hace referencia a la imposición de una sanción por coacciones ocurridas en el transcurso de una reunión: la sanción no necesita ser justificada como una limitación de derecho a reunión porque, evidentemente, el derecho de reunión no comprende conceptualmente el derecho a ejercer coacciones sobre terceros y, en consecuencia, penalizar dicha conducta no supone, en ningún caso, la limitación de ese derecho. Igualmente, resulta innecesario justificar la prohibición de instalar un laboratorio con explosivos en una casa de vecindad como una limitación (justificada) de la libertad de creación científica y técnica. Un tercer ejemplo: ¿puede verse la sanción impuesta a un funcionario que abandona su puesto de trabajo para asistir a una reunión privada (y que nada tiene que ver con unos eventuales derechos sindicales) o a misa como una limitación de los derechos de reunión o de la libertad religiosa, respectivamente? Por último, siendo evidente que el matrimonio al que se refiere el art. 32.1 de la Constitución española es el monógamo, la exclusión de la monogamia no puede verse como una limitación del derecho a contraer matrimonio, puesto que no está bajo la protección de la norma constitucional (De Otto 1988: 138-9). Llevada al extremo, la tesis de los límites

⁹ Aquí habría que distinguir entre la identificación del contenido, más o menos amplio, del derecho, esto es, las conductas y/o posiciones que comprende y la regulación de su ejercicio (como las exigencias de tipo administrativo, solicitud de permisos, etc.).

externo habría de enfrentar una *reductio ad absurdum* que le obligaría a considerar las penas por homicidio como una limitación (justificada) de la libertad natural del homicida.

La tesis de la delimitación, no obstante, tiene que superar el escollo de la indeterminación del Derecho. Los críticos del modelo coherentista han objetado que la claridad que pretende introducir es más bien aparente porque “el contenido constitucionalmente declarado de un derecho fundamental, o sus modalidades de ejercicio, no siempre se muestran con suficiente nitidez”; “tampoco resulta evidente en cada caso si la norma imperativa que condiciona la libertad general de acción restringe *también* un ámbito de libertad protegida”; y por último, “porque a la hora de enjuiciar una concreta conducta se reabre el problema de si la prohibición establecida por el legislador se ajusta o no a la norma constitucional que sirve de criterio “delimitador” del derecho fundamental” (Prieto Sanchís 2003: 244). Para los críticos del coherentismo, el hecho de que existan desacuerdos razonables acerca de la calificación de ciertos casos como pertenecientes o no al contenido del derecho fundamental, como, por ejemplo, que la propaganda comercial esté contenida en la libertad de expresión o que la actividad de una secta nudista esté amparada por la libertad religiosa, vendría a mostrar que no es posible discernir con claridad cuándo una obligación o una prohibición limitan una libertad jurídicamente protegida o simplemente interfieren en la libertad natural. En consecuencia, resultaría más adecuado e inteligible afirmar que la conducta en cuestión forma parte del contenido del derecho, pero que, a su vez, presenta otra propiedad que justifica su prohibición (Alexy 1997: 304). Así, en relación al caso de la secta nudista, “seguramente podrán imponerse limitaciones a la luz del concepto hoy vigente de moralidad pública, pero no tiene ningún sentido decir que “eso” [la práctica del nudismo] no es ideología o religión, simplemente porque resulta extraño a nuestras tradiciones” (Prieto Sanchís 2003: 245).

Pero, la cuestión no es si una práctica o rito que es alegado por un grupo de personas como propio de su credo, cosmovisión, etc. es ideología o religión; la cuestión es si esa práctica o rito está amparado por la libertad ideológica y religiosa reconocida en la constitución. En otras palabras, si el derecho constitucional de libertad religiosa se puede configurar al margen del concepto de moralidad pública o de otros derechos y bienes constitucionales. El asunto se ve con mayor claridad cuando se trata de una práctica menos irrelevante e inocua: ¿diríamos lo mismo si la secta practicara el canibalismo, mutilaciones o sacrificios humanos o animales? No parece razonable afirmar que cuando la constitución reconoce la libertad religiosa está contemplando también, por muy extraños que nos parezcan y por muy ajenos que resulten a nuestras tradiciones, los sacrificios humanos o la ablación de clítoris, aunque después los prohíba porque además de prácticas religiosas suponen violaciones evidentes y desproporcionadas de otros derechos o bienes constitucionales.

El mayor número de casos en la “zona de penumbra” se presentan necesariamente respecto de los derechos y libertades más genéricos, como la libertad ideológica, la libertad de expresión o el libre desarrollo de la personalidad. Son, al mismo tiempo, estos derechos los permiten observar con meridiana claridad los excesos en que incurre la teoría de los principios y del supuesto de hecho amplio, así como los riesgos de la ambigüedad generada por el par derechos *prima facie*/derechos *definitivos*. Sólo en los casos dudosos parece admisible –que no plausible– lo que el modelo conflictivista quiere hacer pasar por regla general:

que una determinada conducta es una instancia de un derecho fundamental y, simultáneamente, la vulneración del derecho de un tercero o un bien constitucional. En definitiva, que existe un conflicto normativo entre la norma de derecho fundamental y otras normas constitucionales.

Con todo, me parece que la objeción de la indeterminación del derecho se desvía de la cuestión esencial. En efecto, resulta insostenible la afirmación de que la Constitución establece ya una delimitación conceptual nítida y definitiva de los derechos, como corroboraría la existencia de desacuerdos razonables acerca de qué conductas están contenidas en los respectivos derechos, especialmente en aquellos más genéricos, como los mencionados en el párrafo anterior. Dada esta indeterminación del texto constitucional, no quedaría otra que afirmar la superioridad teórica del modelo conflictivista. Pero lo que se discute aquí es otra cosa. No creo que ningún modelo teórico de los derechos pueda partir de un presupuesto tal, aunque hay otras normas, por cierto, cuya delimitación constitucional es bastante precisa y no resulta dudosa en absoluto (por ejemplo, la abolición de la pena de muerte del art. 15, la inviolabilidad del domicilio del art. 18, etc.). Lo que se discute aquí, digo, es si la identificación del contenido y alcance de los derechos resulta de un juicio de proporcionalidad, como defiende el conflictivismo, o si se trata de un problema de interpretación de las normas constitucionales.

c) La tesis de la conexión necesaria entre el contenido y alcance de los derechos constitucionales y el principio de proporcionalidad.

Según el modelo conflictivista, una vez se ha llevado a cabo la interpretación extensiva del derecho, el segundo paso del enfoque conflictivista es determinar si la afectación o interferencia del derecho por otros derechos o, singularmente, por un “interés público”, “bien colectivo” o “fin social”, está o no justificada. Al igual que los derechos, los intereses o bienes colectivos se consideran principios susceptibles de optimización y, por tanto, deben ser interpretados en sentido amplio. De este modo, el prerrequisito de que la limitación del derecho sea para la satisfacción de un “fin legítimo” es casi irrelevante en la práctica; e, incluso, se corre el riesgo de que se consideren como tales, intereses, valores y principios cuyo fundamento constitucional es muy débil o, simplemente, inexistente. Con estas bases, el conflicto normativo está servido, en tanto que casi cualquier obligación o prohibición justificada en un interés público afecta a uno o varios derechos, y la solución al mismo sólo puede venir de mano de un juicio de proporcionalidad que determine si la afectación o interferencia en el derecho es proporcional, esto es, está o no justificada.

La consecuencia evidente del modelo conflictivista es la ductilidad de la Constitución. Ciertamente, cualquier intérprete, mediante una interpretación más o menos extensiva de los derechos o bienes constitucionales, puede hacer que la Constitución “diga lo que no dice” o que “no diga lo que dice”, si bien tendrá que asumir que está haciendo una interpretación bastarda o que está, sencillamente, ignorándola. En cambio, quien altera la Constitución valiéndose del principio de proporcionalidad, presenta esta alteración como una decisión justificada e, incluso, como la única decisión justificada.

La ductilidad constitucional es el reflejo de cómo son concebidos los derechos y qué papel en el razonamiento jurídico. En este sentido, Webber

introduce algunas claves que merecen ser tenidas en cuenta cuando afirma lo siguiente: “La proporcionalidad y la ponderación traducen los derechos en razones que inducen a una valoración de primer orden respecto a si el actual es el mejor estado de cosas. Ningún derecho sirve como una razón de segundo orden para actuar en un sentido o no hacerlo. En su lugar, todos los derechos quedan reducidos a un único derecho a ser tratado proporcionalmente” (Webber 2009: 100). En efecto, el modelo conflictivista excluye las respuestas categóricas que clausuran la discusión. Por muy claros que sean los términos en que se expresa la Constitución y muy evidentes sean el contenido y alcance de determinados derechos, éstos se consideran como intereses, valores o principios a tener en cuenta en la decisión final, pero no como razones excluyentes (o razones de segundo orden)¹⁰, perentorias y definitivas. El modelo conflictivista apela a la totalidad de las circunstancias del caso y todas ellas funcionan en el razonamiento justificatorio como razones de primer orden. Los derechos no proporcionan ningún tipo de inmunidad o prioridad frente a consideraciones de interés público; la única posición que puede atribuirse de manera absoluta a los derechos es la capacidad para instar un juicio de proporcionalidad que determine si la afectación o interferencia en el derecho está o no justificada.

Esto significaría, además, que todo el sistema de garantías específicas definido por los textos constitucionales –incluidas las cláusulas específicas de limitación o las reservas que acompañan a algunos derechos fundamentales (De Otto 1988: 150)– queda reducido a una garantía genérica frente a la acción estatal desproporcionada, pero no frente a la acción estatal inaceptable de acuerdo al texto constitucional (Webber 2009: 104), la cual puede alcanzar el vaciamiento o sacrificio absoluto del derecho a favor de la protección de un bien constitucional siempre que esté suficientemente justificada conforme al principio de proporcionalidad.

III. ¿Qué modelo para los derechos?

Un modelo teórico puede ser valioso por distintos tipos de razones. Primero, porque es la mejor reconstrucción posible de una práctica real. Segundo, porque expresa mejor que los modelos alternativos determinados valores o principios. Y, en fin, porque su aplicación comporta alguna ventaja práctica respecto a los demás. Aquí habrá que dejar de lado el grado de recepción del modelo en los distintos tribunales constitucionales y cortes internacionales de derechos, que requeriría un amplísimo análisis empírico de derecho comparado que no estamos en condiciones de hacer¹¹. Me ocuparé de los otros dos argumentos.

a) El modelo conflictivista y la filosofía política liberal.

Algunos partidarios del modelo conflictivista, como Martin Borowski, han defendido la conexión entre este modelo y la *libertad negativa* en el sentido de

¹⁰ Sobre la distinción entre razones de primer y segundo orden, vid. Raz (1991).

¹¹ Me limitaré a constatar que en los ámbitos anglosajón y germano, parte importante de la doctrina asume la recepción del modelo conflictivista (vid. Alexy 1997; Beatty 2005; Webber 2009). Sin embargo, los estudios realizados a propósito del Tribunal Constitucional español arrojan un resultado menos unitario. Para una perspectiva crítica del conflicto de derechos y la ponderación como reconstrucción de la práctica constitucional, vid. García Amado (2016).

Isaiah Berlin. Según este concepto de libertad, ésta consiste en la disposición de, al menos, una alternativa de acción para el individuo, que decide sin interferencias, restricciones o coacciones de terceros. De este modo, la libertad jurídica debe tender a identificarse con la libertad natural y cualquier limitación es valorada negativamente. La ampliación del ámbito de libertad jurídica que comporta la interpretación extensiva del supuesto de hecho, así como la necesidad de justificación en cada caso de limitación responden a esta concepción de la libertad. En cambio, se vincula la tesis coherentista al concepto de *libertad positiva* o libertad “para el bien”, de raíz comunitarista. Según esta concepción de la libertad, las restricciones de la libertad natural no son sino un intento de delimitar la verdadera libertad, aquella que permite alcanzar la buena vida (Borowski 2000: 33 y ss.). No obstante, como advierte Lopera Mesa, el vínculo entre la concepción coherentista y el concepto de libertad positiva funciona únicamente en una dirección, pues quien entienda la libertad como libertad positiva tendrá que adoptar una teoría coherentista de los derechos, pero no así a la inversa; no todo coherentismo implica la defensa de una concepción positiva de la libertad (Lopera Mesa 2006: 161-2).

En efecto, la defensa del posturas coherentistas puede responder a planteamientos que resaltan la dimensión comunitaria y relacional de los derechos, como el de Webber, cuando afirma que la interpretación y especificación de los derechos es la expresión del “universo político-moral de una sociedad libre y democrática” (Webber 2009: 139). Pero también a una determinada concepción de la razón práctica (Richardson 1990; 1994) desvinculada de cuestiones de filosofía política. Tampoco las tesis coherentistas en el ámbito dogmático constitucional responden necesariamente a una concepción positiva de la libertad, sino más bien a principios político-jurídicos, como el de unidad de la Constitución o la seguridad jurídica¹².

b) Neutralidad normativa y exigencia argumentativa.

¿Es el debate entre los modelos conflictivista y coherentista una cuestión meramente conceptual y neutral desde el punto de vista normativo? ¿Cuál es su relevancia práctica, entonces? Asumida la neutralidad normativa de ambos modelos, esto es, asumido que el conjunto de derechos y obligaciones definitivos no es necesariamente distinto en uno y otro, sus consecuencias prácticas no son las mismas. Como se ha apuntado más arriba, el modelo conflictivista supone la degradación del discurso jurídico-político al colocar en el mismo plano instancias genuinas de derechos constitucionales y pretensiones, cuando menos cuestionables, que aspiran a ser igualmente reconocidas como instancias de un determinado derecho constitucional (Webber 2009: 121)¹³.

Para los defensores del modelo conflictivista que han asumido la tesis de la neutralidad normativa, la superioridad del modelo vendría dada por una supuesta

¹² Una segunda cuestión filosófico-política, que habrá de quedar sólo apuntada aquí, es hasta qué punto el principio de proporcionalidad responde a la estructura de los derechos en la tradición liberal; sobre esto, Kumm (2007).

¹³ En un trabajo posterior, Webber ha descartado que el debate pueda reducirse a una cuestión meramente semántica –y, con ello, descarta también la tesis de la neutralidad normativa– afirmando que “puede esperarse que una concepción de los derechos fundada en una teoría de la justicia [la concepción coherentista] de cómo resultado distintos deberes y obligaciones que una fundada en una teoría de intereses derrotables [la concepción conflictivista]” (Webber 2015: 131).

mayor exigencia argumentativa. Ambas ideas están reflejadas en las siguientes palabras de Prieto Sanchís: “el debate entre *delimitación* y *limitación* de los derechos no afecta, ni podría afectar, al número de las intervenciones legislativas en la esfera de las libertades. Sí afecta, en cambio, y de un modo singular, a la calidad de las mismas y a las posibilidades de su enjuiciamiento; en el fondo, lo que están en juego detrás del problema de los límites o contornos de un derecho es más bien el problema de los límites que pesan sobre los poderes públicos a la hora de intervenir en su ámbito” (Prieto Sanchís 2003: 221). Según el modelo conflictivista, en tanto que cualquier regulación del contenido o el ejercicio de los derechos se considera una afectación, en mayor o menor medida, de uno o varios derechos, no hay actuación de los poderes públicos que pueda sustraerse a la exigencia de justificación, o sea, a un juicio de proporcionalidad. Pues bien, esta exigencia de justificación sobre la base de un juicio de proporcionalidad plantea algunos problemas. En primer lugar, cabe preguntarse si el argumento de utilidad en que se fundamenta el juicio de proporcionalidad –*grosso modo*, “cuanto mayor es el perjuicio que se causa al derecho afectado, mayor ha de ser el beneficio para los derechos o bienes colectivos protegidos”– es el único capaz de justificar la actuación legislativa. En segundo lugar, una exigencia tal invierte las cargas de la argumentación que establece el sistema de legitimidades del Estado de derecho y, en particular, el principio de separación de poderes. En el modelo conflictivista, la legitimidad política del legislador democrático no es suficiente para fundamentar una presunción de constitucionalidad a favor de la ley; es el legislador quien tiene que justificar toda regulación de los derechos que pueda afectar y limitar la libertad natural, lo que en la práctica significa, por el efecto irradiación, cualquier regulación, convirtiendo al legislador democrático en sospechoso habitual y mostrando una desconfianza en la institución legislativa tan injustificada como lo es, por otra parte, la confianza en la objetividad y justicia del principio de proporcionalidad.

La supuesta superioridad argumentativa del modelo conflictivista ha sido defendida también, con otros argumentos, por Lopera Mesa. En primer lugar, la autora colombiana afirma que “las posiciones coherentistas suelen apoyarse en una visión optimista acerca de las posibilidades de determinar con precisión las fronteras que delimitan el espacio de cada derecho, en un acentuado *cognoscitivismo interpretativo*, que en ocasiones tiene como trasfondo cierto realismo moral y, por el contrario, se subestiman la frecuencia y trascendencia de los conflictos entre contenidos constitucionales y, por el contrario, se sobreestiman las posibilidades de conocer el contenido de los derechos con ayuda de los métodos tradicionales de interpretación” (Lopera Mesa 2006, p. 165). Son varias las cuestiones a tratar aquí. De entrada, no puede establecerse una conexión conceptual entre el coherentismo, el cognoscitivismo interpretativo y el realismo moral; cada una de estas etiquetas se refiere a un nivel de discurso diferente y son conceptualmente independientes. Es perfectamente defendible una concepción coherentista de los derechos sin asumir los postulados del cognoscitivismo interpretativo y, menos aún, los del realismo moral¹⁴. La interpretación y especificación sistemática de los derechos debe despojarse de toda connotación cognoscitivista o esencialista, pues no funciona como presupuesto de la interpretación, sino como regla o criterio para descartar aquellas interpretaciones

¹⁴ Sobre la multiplicidad de debates que se desarrollan alrededor del “problema del conflictivismo”, véase Maldonado Muñoz (2016).

de las normas jurídicas que resulten antinómicas con otras normas del sistema jurídico¹⁵. Otra de las acusaciones de Lopera Mesa es la subestimación de la frecuencia y trascendencia de los conflictos entre normas constitucionales. En mi opinión, se incurre aquí en una *petitio principii*. La frecuencia, sobre todo, y la trascendencia de los conflictos, no son un a priori que la teoría deba considerar, sino que dependen, precisamente, del marco conceptual (o sea, de cuál sea nuestra concepción de los derechos). Un tercer aspecto que se destaca es la insuficiencia de los métodos tradicionales de interpretación jurídica en el acceso al contenido de los derechos y el riesgo de incurrir en “pseudofundamentaciones” cuando “frente a un caso difícil [el intérprete] se limite a señalar que la posición controvertida forma parte o no del derecho alegado” (Lopera Mesa 2006, p. 166). En efecto, una fundamentación tal no puede tenerse por satisfactoria; ni siquiera puede tenerse por una fundamentación. Pero ese riesgo no es consustancial a la concepción coherentista de los derechos. La adscripción de una determinada posición a un derecho o su ubicación fuera del ámbito de protección del derecho en un caso difícil podrá estar mejor o peor fundada dependiendo de la calidad de las razones esgrimidas a favor de la decisión final. Y, por otra parte, también existe ese riesgo en la teoría conflictivista, pues alguien puede justificar su decisión alegando que la afectación del derecho es “proporcional” y, por tanto, está justificada, sin explicitar ni fundamentar los distintos pasos del juico de proporcionalidad.

Bibliografía

Alexy, R. (1997): *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

– (2002): “Epílogo a *Teoría de los derechos fundamentales*”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 66, pp.13-64.

Atienza, M. / Ruiz Manero, J (2000): *Ilícitos Atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*. Madrid, Trotta.

Beatty, D. M. (2005): *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.

Borowski, M. (2000): “La restricción de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 59, pp. 29-56.

Cabra Apalategui, J. M. (2017a): “Conflictos de derechos y estrategias argumentativas. ¿Es el especificacionismo una alternativa a la ponderación?”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 51, pp. 357-380.

– (2017b): “Argumentos, reglas y valores en la interpretación jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho* (en prensa).

De Otto, I. (1988): “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en Martín-

¹⁵ De la distinción entre argumentos interpretativos y reglas de la interpretación me he ocupado en Cabra Apalategui (2017b).

Retortillo, L / de Otto y Pardo, I., *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Cívitas, pp. 95-172.

García Amado, J. A. (2016): “Conflictos de derechos: qué son y cómo se resuelven”, en García Amado, J. A. (coord.) *Razonar sobre derechos*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 15-50.

García Figueroa, A. (2007): “¿Existen diferencias entre reglas y principios en el estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy”, en Robert Alexy *et al.* *Derechos sociales y ponderación*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 333-370.

– (2010): “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 247-271.

Kumm, M. (2007): “Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement”, en Pavlakos, G. (ed.) *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford / Portland: Hart, pp. 131-166.

Lopera Mesa, G. P. (2006): Principio de constitucionalidad constitucionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Maldonado Muñoz, M (2016): “Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales”, *Diritto e questioni pubbliche* 16/2, pp. 104-131.

Möller, K. (2012): *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press.

Oberdiek, J. (2010): “Specifying Constitutional Rights”, *Constitutional Commentary* 27, pp. 231-248.

Prieto Sanchís, L. (2003): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta.

Raz, J. (1991): *Razón práctica y normas*, trad. J. Ruiz Manero. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Richardson, H. S. (1990): “Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems”, *Philosophy & Public Affairs* 19, pp. 219-310.

– (1994): *Practical Reasoning About Final Ends*. Cambridge, Cambridge University Press.

Webber, G. (2009): *The Negotiable Constitution. On the limitations of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.

– (2015): “On the Loss of Rights”, en Grant Huscroft *et al.* (eds.) *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 123-154.